



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB)

Schwarzenegger, Christian

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50031>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Schwarzenegger, Christian (2011). Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB). In: Heer, Marianne. "Toujours agité - jamais abbatu": Festschrift für Hans Wiprächtiger. Basel: Helbing Lichtenhahn, 37-54.

«Toujours agité – jamais abattu»

Festschrift für Hans Wiprächtiger

Herausgeber

Marianne Heer
Stefan Heimgartner
Marcel Alexander Niggli
Marc Thommen

Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB)

VON CHRISTIAN SCHWARZENEGGER¹

I. Einleitung

Jonny Wiprächtiger, der Jubilar dieser Festschrift, hat sich über Jahre mit Fragen der Strafzumessung befasst. An unzähligen Bundesgerichtsentscheiden, in denen es um die Bundesrechtskonformität der untergerichtlichen Strafzumessung ging, war er massgeblich beteiligt. Sein Blick auf das staatliche Strafen, der von einer humanistischen Grundhaltung geprägt ist, spiegelt sich in der grossen Kommentierung der Art. 47–48a und 50 StGB im Basler Kommentar.² Ihm sei diese kurze Analyse der Sanktionsfolgenbestimmung und des Anwendungsbereichs des Asperationsprinzips in Freundschaft gewidmet.

II. Sanktionsfolgenbestimmung bei einer einzelnen strafbaren Handlung

Ausgangspunkt für die konkrete Strafzumessung sind die *ordentlichen Strafraahmen* in den einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils. In Verbindung mit den Legaldefinitionen der Strafarten³ ergibt sich für jedes Delikt eine bestimmte Mindest- und Höchstgrenze der Strafe. Ist der Täter beispielsweise wegen einer Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB zu bestrafen, ergibt sich ein ordentlicher Strafraumen zwischen minimal einem Tagessatz Geldstrafe bzw. vier Stunden gemeinnütziger Arbeit und maximal 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit.⁴

Bei Vorliegen eines *Strafmilderungsgrundes* wird der ordentliche Strafraumen nach unten erweitert (Art. 48–48a StGB).⁵ Das Gericht ist in diesen Fällen

1 Für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages danke ich RA MLaw Eva TRESCH herzlich.

2 WIPRÄCHTIGER, Art. 47–48a, 50 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007.

3 Art. 10, 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40, 103 und 106 StGB.

4 Die Strafdrohung von Art. 177 Abs. 1 StGB enthält keine Grenzwerte für die gemeinnützige Arbeit. Gemäss Art. 37 Abs. 1 StGB kann aber das Gericht mit Zustimmung des Täters anstelle einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit anordnen. Der Umwandlungssatz von vier Stunden gemeinnütziger Arbeit pro Tagessatz Geldstrafe ist Art. 40 Abs. 2 StGB zu entnehmen.

5 Neben Art. 48 StGB sehen folgende Bestimmungen eine Strafmilderung vor, welche sich bezüglich Erweiterung des Strafraumens und konkreter Strafzumessung nach Art. 48a StGB

nicht mehr an die Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden und kann auch die Strafart frei wählen. Immerhin sind die gesetzlichen Höchst- und Mindestmasse der jeweiligen Strafarten einzuhalten. Wird ein Angeklagter beispielsweise des qualifizierten Raubes (Art. 140 Ziff. 4 StGB) schuldig gesprochen, und war er zum Tatzeitpunkt in einem Zustand verminderter Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB), so ergibt sich zunächst ein ordentlicher Strafrahmen von minimal fünf Jahren Freiheitsstrafe und maximal 20 Jahren Freiheitsstrafe. Wegen der Strafmilderung aus verminderter Schuldfähigkeit wird der Strafrahmen nach unten geöffnet (Art. 48a StGB). Der erweiterte Strafrahmen kennt dann folgende Eckwerte:

- Busse zwischen einem und 10 000 Franken (Art. 106 StGB);
- gemeinnützige Arbeit zwischen vier und 720 Stunden (Art. 37 StGB);
- Geldstrafe zwischen einem und 360 Tagessätzen (Art. 34 StGB);
- Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten⁶ und 20 Jahren (Art. 40 StGB).

Die unterste Grenze des erweiterten Strafrahmens liegt folglich bei einem Franken Busse. Das gilt nicht nur für das gewählte Beispiel, sondern in jeder Fallkonstellation, wenn nur ein Strafmilderungsgrund festgestellt wird.

Damit ist die Bandbreite für den dritten Schritt, die *konkrete Strafzumessung* durch das Gericht, definiert. Es hat eine Strafe *innerhalb des ordentlichen Strafrahmens* nach den auf das Unrecht bezogenen Verschuldensmerkmalen einerseits und den auf die Vorwerfbarkeit des Unrechts bezogenen Verschuldenskomponenten andererseits zu bestimmen (Art. 47 Abs. 1 StGB).⁷ Dabei muss es im Schnittbereich zwischen der gemeinnützigen Arbeit, der Geldstrafe und

richten: Art. 11 Abs. 4 (Unterlassungsdelikt), Art. 16 Abs. 1 (Notwehrexzess), Art. 18 Abs. 1 (teilweise entschuldbarer Notstand), Art. 19 Abs. 2 (verminderte Schuldfähigkeit), Art. 21 Satz 2 (vermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit), Art. 22 Abs. 1 (Versuch), Art. 23 (Rücktritt oder tätige Reue), Art. 25 (Gehilfenschaft), Art. 26 (Teilnahme am Sonderdelikt), Art. 101 Abs. 2 (bei unverjährbaren Delikten), Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 (leichter Fall einer einfachen Körperverletzung), Art. 173 Ziff. 4, Art. 174 Ziff. 3 (Ehrverletzungsdelikte), Art. 185 Ziff. 4 (Geiselnahme), Art. 260^{ter} Ziff. 2 (kriminelle Organisation), Art. 308 (Rechtspflegedelikte).

6 Kürzere Freiheitsstrafen zwischen einem Tag und sechs Monaten sind ausnahmsweise zulässig, siehe Art. 41 Abs. 1 StGB.

7 Lehre und Rechtsprechung unterscheiden nach tat- und täterbezogenen Verschuldenskomponenten, siehe dazu ausführlich WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 47 N 5 ff. m.w.N. Diese Terminologie schafft jedoch Unklarheiten bei der Verschuldensbewertung und sollte aufgegeben werden, siehe SCHWARZENEGGER, Strafzumessung und Strafmilderung bei verminderter Schuldfähigkeit, Zürich 2011 (im Erscheinen).

der Freiheitsstrafe⁸ auch noch eine Entscheidung über die Strafart vornehmen.⁹ Dass sich im Gesetz keine Regelung darüber findet, ob zuerst die Strafart festgelegt und danach die konkrete Strafzumessung durchgeführt werden muss oder ob das Vorgehen umgekehrt stattzufinden hat, ist eine empfindliche Regelungslücke.¹⁰ Es empfiehlt sich m.E. bei Verbrechen und Vergehen, die Optik der Strafzumessung zunächst auf eine Freiheitsstrafe zu beschränken, die – mit gewissen Einschränkungen¹¹ – das gesamte verfügbare Strafspektrum¹² abdeckt, und in dieser «Recheneinheit» eine verschuldensadäquate Strafe nach Art. 47 StGB zuzumessen. Ergibt sich ein Strafmass im Schnittbereich zur gemeinnützigen Arbeit oder zur Geldstrafe, können diese Strafarten insbesondere mit Blick auf präventive Erwägungen gewählt werden. Dabei richtet sich die Umrechnung der Freiheitsstrafe in Stunden gemeinnütziger Arbeit bzw. in Tagessätzen Geldstrafe nach den gesetzlichen Vorgaben.¹³ Die Strafzumessung bei Übertretungen

8 Freiheitsstrafen von «weniger als 6 Monaten» und Geldstrafen «bis zu 180 Tagessätzen» überschneiden sich mit der gemeinnützigen Arbeit (Art. 37 Abs. 1 StGB, Zustimmung des Täters vorausgesetzt). Geldstrafen bis zu 360 Tagessätzen überschneiden sich mit der Freiheitsstrafe (Art. 34 Abs. 1 StGB, zum Umrechnungsschlüssel siehe Art. 36 Abs. 1 StGB [ein Tagessatz entspricht einem Tag Freiheitsstrafe]).

9 Weil gegenüber dem Verurteilten, der einer gemeinnützigen Arbeit zustimmt, in der Regel diese Strafart ausgesprochen wird, falls die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt in erster Linie die Wahl zwischen der Geldstrafe und der Freiheitsstrafe problematisch. Aus der gesetzlichen Reihenfolge, der Zielsetzung der AT-Revision, welche die Geldstrafe im Deliktsbereich mittleren Schweregrades präferierte, und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz lässt sich ein Vorrang der Geldstrafe ableiten, von dem aber begründet abgewichen werden kann. Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich u.a. 2007, S. 120 ff.; WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 47 N 21 ff.

10 Für STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 Rz. 77, handelt es sich um einen zirkulären Vorgang, weil die Art der zur Wahl stehenden Strafart das Mass der Strafe ebenso beeinflussen könne wie ihr den Strafzwecken entsprechendes Mass die Wahl der Art.

11 Nach Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB kann auf eine Freiheitsstrafe zwischen einem Tag und sechs Monaten nur ausnahmsweise erkannt werden.

12 Dieses reicht von einem Tag bis 20 Jahren Freiheitsstrafe. Wo eine Strafbestimmung dies explizit vorsieht, kann auch auf eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt werden.

13 Vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 (ein Tagessatz = ein Tag), Art. 39 Abs. 2 StGB (vier Arbeitsstunden = ein Tag). Wenn das Gesetz von der Gleichwertigkeit von gemeinnütziger Arbeit, Geldstrafe und Freiheitsstrafe ausgeht (WIPRÄCHTIGER [Fn. 2], Art. 47 N 22), muss die Bestimmung der verschuldensadäquaten Strafe in einer der drei Recheneinheiten zulässig sein. Ähnlich BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.2 bei Strafschärfung nach Art. 49 StGB. Eine Strafzumessung in umgekehrter Anordnung scheint kaum praktikabel, denn das Gericht müsste dann Zumessungspraktiken in den drei Recheneinheiten (Arbeitsstunden, Tagessätze, Tage) entwickeln. Eine Anpassung des Strafmasses der Tagessätze Geldstrafe ist allerdings notwendig, wenn bei der konkreten Zumessung der Freiheitsstrafe die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, die keine kausale Beziehung zum Tatgeschehen haben, einbezogen wurden. Diese sind gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB erst bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe zu gewichten, siehe SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 112.

erfolgt separat und richtet sich nach dem Geldsummensystem (Art. 106 Abs. 3 StGB).¹⁴

Falls ein Strafmilderungsgrund vorliegt, muss das Gericht in einem vierten Schritt zwingend mindestens eine *Strafminderung* innerhalb des ordentlichen Strafrahmens vornehmen. Wie gross die Minderung in Recheneinheiten ausmacht, liegt im weiten Ermessen des Gerichts, doch muss es die Gewichtung des Strafminderungsgrundes in der Urteilsbegründung benennen, ohne dabei allerdings quantitative Angaben machen zu müssen.¹⁵ Fakultativ kann es auch zur *Strafmilderung* greifen, d.h. mit der Strafe unter die Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens in den erweiterten Strafrahmen gehen und dabei die Strafart wechseln. In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass eine derartige Strafmilderung, also das Unterschreiten der Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens, nur in Ausnahmefällen angebracht sei.¹⁶ Praktisch wirkt sich diese Praxisänderung nur bei schwersten Straftaten aus, deren Untergrenze des Strafrahmens bei einem Jahr Freiheitsstrafe oder höher liegt.

1.	Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens (BT-Strafnorm i.V.m. Art. 10, 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40, 103 und 106 StGB).
2.	Allenfalls Erweiterung des Strafrahmens nach unten bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes (Art. 48–48a StGB).
3.	Verschuldensbewertung nach den Merkmalen, die das Unrecht der Tat kennzeichnen. Danach Bewertung der individuellen Vorwerfbarkeit des Unrechts. Resultat: Ausmass des Verschuldens, das in Graden benannt werden kann. Umrechnung des Tatverschuldens in ein Strafmass (Art. 47 Abs. 1 StGB).
4.	Obligatorische Strafminderung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens oder fakultative Strafmilderung innerhalb des erweiterten Strafrahmens bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes (Art. 48a StGB).
5.	Eventuell Modifikation des Strafmasses aufgrund präventiver oder restaurativer Strafzwecke (aber nur innerhalb des schuldangemessenen Rahmens); eventuell Modifikation des Strafmasses aufgrund staatlichen Fehlverhaltens (z.B. Verletzung des Beschleunigungsgebots).
6.	Entscheidung über die Vollzugsmodalität: bedingte Strafe, Verbindungsgeldstrafe oder -busse (Art. 42 StGB); teilbedingte Strafe (Art. 43 StGB).

14 Weiterführend dazu HEIMGARTNER, Art. 106 StGB N 20 ff. m.w.N., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007.

15 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 50 StGB N 9 ff. m.N.

16 BGE 136 IV 55. Dem kann nicht gefolgt werden, denn mit dem (erweiterten) Strafrahmen hat der Gesetzgeber eine abstrakte Bewertung des Unrechts- und Schuldgehalts einer Deliktsart vorweggenommen, an die das Gericht gebunden ist. Das heisst, dem leichtestmöglichen Verschulden entspricht bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes ein Strafmass von 1 Fr. Busse (Art. 48a StGB). Weiterführend SCHWARZENEGGER (Fn. 7), passim.

7. Anordnung einer oder mehrerer Massnahme(n), falls ihre Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 56 ff. StGB).

Tabelle 1: Reihenfolge der Sanktionsfolgenbestimmung bei einer einzelnen strafbaren Handlung

Allenfalls wird das Strafmass aufgrund präventiver oder restaurativer Strafzwecke oder der Berücksichtigung staatlichen Fehlverhaltens noch modifiziert. Danach folgt als sechster Schritt die *Entscheidung über die Vollzugsmodalität*: Je nachdem, ob die Voraussetzungen der bedingten oder teilbedingten Strafe (Art. 42–43 StGB) erfüllt sind, schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe voll oder teilweise auf. Bei einer bedingten Strafe muss das Gericht zusätzlich erwägen, ob ein unbedingte Verbindungsgeldstrafe oder -busse notwendig ist (Art. 42 Abs. 4 StGB). Wird das bejaht, muss das zuvor – in der Recheneinheit «Tage Freiheitsstrafe» – ermittelte verschuldensadäquate Strafmass auf den bedingten ausgesprochenen Teil (gemeinnützige Arbeit, Geldstrafe, Freiheitsstrafe) und die Verbindungsstrafe aufgeteilt werden, damit dem Verurteilten keine über das Verschulden hinausgehende Strafe auferlegt wird.¹⁷ In den übrigen Fällen bleibt es bei einer unbedingten Geldstrafe, gemeinnützigen Arbeit oder Freiheitsstrafe.¹⁸

Als letzter Schritt der Sanktionsfolgenbestimmung hat sich das Gericht mit der Notwendigkeit der *sichernden Massnahmen* (Art. 56–64 StGB) oder weiterer *persönlicher* oder *sachlicher Massnahmen* (Art. 66–73 StGB) zu befassen und diese allenfalls neben der Strafe anzuordnen.¹⁹

Bisweilen wird in der älteren Literatur nicht genau zwischen der Strafraumenbestimmung und der konkreten Strafzumessung unterschieden oder gar Erstere mit der Letzteren zusammen vorgenommen. Diese Auffassungen sind abzulehnen, weil der Gesetzgeber in den Straftatbeständen eine generell-abstrakte Unrechts- und Schuldbewertung vorgenommen hat, die im ordentlichen Strafraumen zum Ausdruck kommt. Auch für die gesetzlichen Strafmilderungsgründe hat er eine solche Bewertung vorgenommen und im erweiterten Strafraumen abgesteckt. Dabei entspricht jeweils die unterste Strafraumengrenze dem leichtestmöglichen Verschulden, die oberste Strafraumengrenze dem schwerstmöglichen Verschulden. Es ist bundesrechtswidrig, wenn ein Gericht bei der Bestimmung eines konkreten Strafmasses diese gesetzlichen Vorgaben einer erneuten eigenständigen Wertung unterzieht (so aber BGE 136 IV 55).

¹⁷ Vgl. dazu SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), 137 f.

¹⁸ Bussen können nur unbedingt ausgesprochen werden (Art. 105 Abs. 1 StGB).

¹⁹ In besonderen Konstellationen kommt es zu selbständigen Massnahmeverfahren, in denen alleine über die Anordnung einer Massnahme entschieden wird, vgl. 372 ff. StPO.

III. Das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen

In der Praxis der Gerichte kommt es häufig vor, dass ein Täter wegen der Verübung mehrerer Delikte angeklagt wird, denn im Schweizer Strafrecht und Strafprozessrecht gilt der Grundsatz der Verfahrenseinheit. Das heisst, hat eine beschuldigte Person mehrere Delikte begangen, auch wenn sie an verschiedenen Orten verübt wurden, sollen sie von der gleichen Behörde verfolgt und beurteilt werden.²⁰ Ist die Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld für die jeweilige Deliktsverübung erwiesen, stellt sich die Frage, wie mit der Vielzahl der Delikte bei der Sanktionsfolgenbestimmung umzugehen sei. Nicht nur der Laie erwartet bei Verurteilungen wegen zweier oder mehrerer Delikte eine spürbar höhere Strafe als bei der Sanktionierung einer Einzeltat, auch das Strafgesetzbuch enthält eine spezifische Regelung über die Strafrahmenbestimmung und Strafzumessung beim *Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen*²¹ bzw. bei deren *Konkurrenz*.²²

Die Vielzahl der Delikte kann auf unterschiedliche Verhaltensweisen zurückgehen. Der Täter erfüllt beispielsweise durch eine einzige Handlung mehrere Straftatbestände, indem er durch die Sprengung eines Hauses gleichzeitig mehrere Menschen tötet oder durch einen gezielten Schlag gegen das Gesicht eines Brillenträgers zugleich eine einfache Körperverletzung und eine Sachbeschädigung verursacht. Diese Fallkonstellationen werden unter dem Begriff der *Idealkonkurrenz* oder *formalen Konkurrenz* zusammengefasst (vgl. die Tabelle 2, 2. Zeile). Der Täter kann auch durch mehrere Verhaltensweisen mehrfach gegen den gleichen Straftatbestand oder aber gegen verschiedene Straftatbestände verstossen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er – jeweils mit neu gefasstem Vorsatz und ohne gewerbsmässig zu handeln – in einem Jahr mehrere Ladendiebstähle begeht. Solche Fallkonstellationen bezeichnet man als *Realkonkurrenzen* oder *materielle Konkurrenzen* (vgl. Tabelle 2, 3. Zeile).²³

20 Art. 49 StGB, Art. 29 Abs. 1 lit. a, 34 Abs. 1 StPO. Deshalb räumt Art. 34 Abs. 3 StPO einer Person, die von verschiedenen Gerichten zu mehreren gleichartigen Strafen verurteilt wurde, weil die Verfahren nicht vereinigt werden konnten, auf Gesuch hin das Recht auf eine gemeinsame Beurteilung nach Massgabe von Art. 49 Abs. 1 StGB ein. Das einheitliche Verfahren gegen den Urheber mehrerer Straftaten beruht auf dem Gebot der prozessualen Zweckmässigkeit und soll eine einheitliche Strafzumessung sowie letztlich einen einheitlichen, folgerichtigen Vollzug ermöglichen, siehe BGE 127 IV 135 E. 2e; BStrGer 24.5.2006, BB.2006.9 E. 3, und 9.10.2007, BB.2007.21 E. 3 (Gerichtsstand); SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, Die kriminalrechtlichen Sanktionen, Das Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Bern 1982, S. 79 m.w.N.

21 So die Marginalie von alt Art. 68 StGB.

22 So jetzt die Marginalie von Art. 49 StGB.

23 Siehe zu dieser terminologischen Unterscheidungen schon ZIEGLER, Die Theorie der Strafschärfung, Ein criminalistischer Versuch, Helmstedt 1806, S. 87 ff.; BAUER, Grundlinien des philosophischen Criminalrechts, Göttingen 1825, S. 52 f.

Die Konkurrenz hat allerdings nicht immer eine strafferhöhende oder -schärfende Wirkung, wie sie in Art. 49 Abs. 1 StGB vorgeschrieben wird. Erfasst ein Delikt den Unrechtsgehalt eines anderen, ebenfalls erfüllten Delikts vollumfänglich, spricht man von einer *unechten Konkurrenz*, *Gesetzes-* oder *Scheinkonkurrenz* (vgl. Tabelle 2, 2. Spalte). Die Bestimmung solcher Unrechtskompensationen ist Gegenstand der Konkurrenzlehre und soll hier nicht weiter thematisiert werden.²⁴ Das Vorliegen solcher unechter Konkurrenzen ist immer vor der konkreten Strafzumessung zu prüfen. Wird unechte Konkurrenz bejaht, bleibt es bei einer Bestrafung wegen der einmaligen Begehung des vorrangigen Delikts. Auch die Fragen, ob man ein Verhalten, das sich aus mehreren natürlichen Handlungselementen zusammensetzt, als Einheitsdelikt betrachten soll²⁵ oder ob der Gesetzgeber durch die Tatbestandsfassung mehrere natürliche Handlungselemente zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammengefügt hat,²⁶ sind vor der Straffolgenbestimmung zu beantworten. Auch in diesen Fallkonstellationen kommt Art. 49 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung.

24 Siehe dazu weiterführend ACKERMANN, Art. 49 StGB N 18 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007; STOLL, Art. 49 N 7 ff., in: Roth/Moreillon (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, Bâle 2009, je m.w.N.

25 Vgl. nur DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 396 ff., die als Beispiele das Besprayen einer Hauswand in mehreren aufeinanderfolgenden Nächten (Art. 144 StGB) und die Nichtzahlung mehrerer monatlicher Alimente durch den Unterhaltspflichtigen (Art. 217 StGB) nennen.

26 Beispiele: Der Einsatz bestimmter Nötigungsmittel und der damit erwirkte Vollzug des Geschlechtsverkehrs an einer Frau wird zur Vergewaltigung (Art. 190 StGB) zusammengefügt; ebenso besteht der Raub aus den Tathandlungen des Einsatzes eines bestimmten Nötigungsmittels und der Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache (Art. 140 StGB). Die Gewerbsmässigkeit ist ein Sonderfall der rechtlichen Handlungseinheit (vgl. Art. 139 Ziff. 2, Art. 144^{bis} Ziff. 2 Abs. 2, Art. 146 Abs. 2, Art. 147 Abs. 2 StGB u.a.). Ein solches Handeln liegt vor, «wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die der Täter für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausübt» (BGE 119 IV 132). Sie setzt folglich eine mehrfache Tatbegehung voraus, wird aber als rechtliche Einheit behandelt.

Echte Konkurrenzen		Unechte Konkurrenzen (auch Gesetzes- oder Scheinkonkurrenz)	
echte Idealkonkurrenz		unechte Idealkonkurrenz	
gleichartig Bsp.: Tötung von fünf Personen durch Sprengung eines Hauses (= mehrfacher Mord, Art. 112 StGB und weitere Delikte)	verschiedenartig Bsp.: Faustschlag ins Gesicht mit Zertrümmerung der Brille (= Körperver- letzung, Art. 123 StGB, und Sach- beschädigung, Art. 144 StGB)	Der <i>Unrechtsgehalt</i> der zu beurteilenden Hand- lung wird bereits von einer der zusammentreffenden Bestimmungen völlig abge- golten In Betracht fallen <i>Spezialität</i> – <i>Konsumtion</i> – <i>Subsidiarität</i> – <i>Alternativität</i>	eine Handlung Mehrzahl von Strafbestim- mungen
echte Realkonkurrenz		unechte Realkonkurrenz	
gleichartig Bsp.: Ladendieb- stähle im Januar, Juni und Oktober (= mehrfacher Dieb- stahl, Art. 139 i.V.m. 172 ^{ter} Abs. 1 StGB)	verschiedenartig Bsp.: Diebstahl (Art. 139 StGB), Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) und Raub (Art. 140 StGB)	<i>mitbestrafte Vor- oder Nachtat</i> — Bsp.: Nötigung zu sexuellen Handlungen gefolgt von Vergewaltigung (Art. 190 StGB, keine Anwen- dung von Art. 189 StGB) <i>Nachtat</i> — Bsp.: der Dieb zerstört die Sache nach der Tat (Art. 139 StGB, keine Anwendung von Art. 144 StGB)	Mehrzahl von Handlungen eine oder meh- rere Strafbestim- mung(en)
Strafschärfung (Art. 49 Abs. 1 StGB)		keine Strafschärfung	

Tabelle 2: Die Unterscheidung von echter und unechter Konkurrenz

Bleibt nach diesen Prüfungsschritten weiterhin eine Mehrzahl von strafbaren Handlungen übrig,²⁷ die folglich nicht in einem Ausschlussverhältnis zueinander stehen (*echte Konkurrenz*, vgl. Tabelle 2, 1. Spalte), müssen die Voraussetzungen der Strafschärfung nach Art. 49 Abs. 1 StGB untersucht werden. Im Gegensatz zu Deutschland und Italien macht es in der Schweiz für die Strafzumessung keinen Unterschied, ob echte Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt.²⁸

27 Was sich darin äussert, dass im Urteilsdispositiv für alle tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft begangenen Delikte, die in echter Konkurrenz stehen, ein Schuldspruch erfolgen muss, siehe allgemein Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a, Art. 351 Abs. 1 StPO.

28 ACKERMANN (Fn. 23), Art. 49 N 18 m.N: «Die Unterscheidung von Idealkonkurrenz (*concurso idéal*) und Realkonkurrenz (*concurso réel*) ist ... für die Anwendung von Art. 49 Abs. 1 (wie auch aArt. 68 Ziff. 1 Abs. 1) ohne Bedeutung.» Dennoch wird bisweilen nur darauf hingewiesen, dass Ideal- oder Realkonkurrenz gegeben sei, während das Wesentliche fehlt, nämlich ob diese Konkurrenz echt oder unecht sei, vgl. beispielsweise ROTH/BERKEMEIER, Art. 122

Beide werden von Art. 49 Abs. 1 StGB erfasst. Bei beiden ist die Strafzumessung nach den gleichen Grundsätzen vorzunehmen.

IV. Sanktionsfolgenbestimmung beim Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen

Art. 49 Abs. 1 StGB ist anwendbar, wenn durch eine oder mehrere strafbare Handlungen die *Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen* erfüllt sind. Genau besehen regelt Art. 49 Abs. 1 StGB also gar nicht alle Fälle der Konkurrenz, wie es die Marginalie nahelegen würde. Bei echter Konkurrenz zwischen strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen, die mit ungleichartigen Strafen zu sanktionieren sind, muss das Gericht mangels gesetzlicher Regelung eine separate Strafraumenbestimmung und Strafzumessung für jede einzelne Tat vornehmen und den Täter zu all diesen Strafen verurteilen.²⁹ Die Strafen werden dementsprechend kumuliert (*Kumulationsprinzip*). Nur bei gleichartigen Strafen soll das *Asperationsprinzip* (*exasperatio poenae*) zum Zuge kommen, bei dem eine Gesamtstrafe für die Mehrzahl der Delikte bestimmt wird. Und zwar soll die Gesamtstrafe weniger als die Summe der Strafen ausmachen, die resultieren würden, wenn man sie einzeln zumässe, um einen Ausgleich im Strafübel zu schaffen. Denn: Die ununterbrochene Verbüssung mehrerer Strafen würde dem Verurteilten ein schwereres Strafleiden zufügen, als es ihm bei zeitlich getrenntem Strafvollzug erwachsen würde.³⁰

A. Wann sind die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen gegeben?

Ob die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen vorliegen, kann auf zwei Arten bestimmt werden: einerseits durch einen Vergleich der individuell-konkreten, für jede einzelne Tat zugemessenen Strafen (*konkrete Methode*), andererseits durch einen Vergleich der generell-abstrakten Strafdrohung der erfüllten Straftatbestände (*abstrakte Methode*). Bei der konkreten Methode ergibt sich die Gleichartigkeit der Strafe erst, wenn nach der Strafraumenbestimmung und konkreten Strafzumessung bei jedem einzelnen Delikt eine Strafe der gleichen Straftat (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Busse) herauskommt.³¹ Bei der abstrakten Methode reicht dagegen ein Vergleich der ordentlichen Strafraumen der erfüllten Straftatbestände. Sind die in

StGB N 26 f., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007.

29 Siehe oben, Abschnitt 2.

30 StOOS, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt, Basel/Genf 1892, 417.

31 Bei Übertretungen ist nur eine Straftat möglich, die Busse (Art. 103 StGB). Hat der Täter mehrere Übertretungen begangen, liegen somit *per definitionem* gleichartige Strafen vor, weshalb hier Art. 49 Abs. 1 StGB immer zur Anwendung kommt, HEIMGARTNER (Fn. 14),

der Strafandrohung genannten Straftaten identisch, ist die Gleichartigkeit zu bejahen. Klärungsbedürftig ist bei dieser Methode noch, wie zu verfahren sei, wenn sich bei einer oder mehreren der zu vergleichenden Strafbestimmungen der Strafraum über mehrere Straftaten erstreckt, was insbesondere bei der alternativen Strafandrohung «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» relevant wird.

Der *Wortsinn von Art. 49 Abs. 1 StGB spricht deutlich für die abstrakte Methode*, denn die Bestimmung verlangt für ihre Anwendbarkeit nicht etwa, dass der «Täter mehrere gleichartige Strafen verwirkt» haben müsse, sondern nur, dass «die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt» sein müssen.

Auch aus dem abweichenden Wortlaut von alt Art. 68 Ziff. 1 StGB, der noch die *Verwirkung* mehrerer Freiheitsstrafen als Voraussetzung für die Strafschärfung nannte, lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten, denn die Intentionen des historischen Gesetzgebers lassen sich klar rekonstruieren. Die Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip Schweizer Prägung setzt keine konkrete Einzelstrafenbestimmung voraus, sondern begnügt sich mit einem Vergleich der generell-abstrakten Strafdrohungen. So hat es sich aus dem Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 (Art. 33) und mehreren kantonalen Strafgesetzbüchern entwickelt³² und im vereinheitlichten StGB vom 21. Dezember 1937 niedergeschlagen, wobei allerdings eine unglückliche Terminologie gewählt wurde.³³ Den Unterschied zwischen der

Art. 106 N 37 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 und 117; siehe auch BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.3.

32 Die entsprechenden Bestimmungen sind in STOOSS, Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung, Basel/Genf 1890, 229 ff., zu finden. STOOSS selbst erachtete es als am zweckmässigsten, «der Bestrafung die Strafe des schwersten Deliktes zu Grunde zu legen». Eine Kombination der verschiedenen konkreten Einzelstrafen mit entsprechender Ermässigung nach deutscher Manier würde aus seiner Sicht zwar den gesetzgeberischen Gedanken noch reiner zum Ausdruck bringen, aber «zu Weiterungen führen», siehe STOOSS (Fn. 30), S. 419. Dass die Schweizer StGB-Vorentwürfe nicht von der schwersten *verwirkten* Einzelstrafe, sondern von der höchsten der für die einzelnen Straftaten *angedrohten* Strafe ausgingen, wird auch aus der Analyse von MERKEL, Konkurrenz, in: Birkmeyer et al. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, V. Band, Berlin 1908, S. 358 ff., deutlich. Er nennt dieses Strafschärfungsmodell «Absorption mit Strafschärfung» und stellt es dem komplizierten deutschen System gegenüber, dass bei echter Realkonkurrenz Einzelstrafen zsumisst und die Summe aller Strafen verhältnismässig reduziert. Das Schweizer System stimmte MERKEL skeptisch, während er das deutsche System «viel konsequenter», aber an anderer Stelle auch unbrauchbarer bezeichnete.

33 Art. 65 Ziff. 1 E-StGB «Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, ...». Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch (23.7.1918), BBl 70 IV 25, wo das dahinterstehende Strafschärfungssystem nicht näher erläutert wird. Von einem Wechsel hin zum deutschen System war jedoch nicht die Rede. Vgl. ZÜRCHER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914, S. 103; HAFTER, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 375 f. «Der vom G

deutschen³⁴ und Schweizer Spielart des Asperationsprinzips macht auch WAIBLINGER deutlich. Alt Art. 68 Ziff. 1 Satz 1 StGB sehe vor, «dass der Richter bei Delikt konkurrenz die *Strafe der schwersten Tat* ausspreche und deren Dauer (im Hinblick auf die konkurrierenden Delikte) angemessen» erhöhe. Es handle sich dabei nicht um das «klassische Asperationsprinzip» (Schärfung der höchsten *verwirkten* Strafe), sondern um eine *Kombination von Absorptions- und Asperationsprinzip*.³⁵ Diese Umschreibung ist missverständlich. Beim Schweizer Modell³⁶ handelt es sich genauso wie beim deutschen nach dem aktuellen § 54 Abs. 1 dStGB³⁷ um ein Asperationsprinzip, eine Strafschärfung. Nur die Vorgehensweise ist eine andere, weniger umständliche: Was die schwerste Tat, d.h. die mit schwerster Strafe bedrohte Tat ist, kann das Gericht schon dem Strafgesetz entnehmen.³⁸ Die Rechtsprechung hat unter der Geltung von alt Art. 68 Ziff. 1 StGB denn auch nie Einzelstrafzumessungen für die konkurrierenden Delikte durchgeführt. Bei der Bestimmung der mit der schwersten Strafe bedrohten Tat i.S.v. alt Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wurden die Strafdrohungen verglichen, jedoch nur zur Feststellung des Strafrahmens. War dieser bestimmt, wurde die Strafe für die schwerste Tat gemäss alt Art. 63 StGB zugemessen und wegen der konkurrierenden Taten gemäss alt Art. 68 geschärft, wobei für das

verwendete Ausdruck «Verwirken» mehrerer Strafen ist *eigentlich unkorrekt*. Er mag höchstens als hypothetischer Ausgangspunkt verstanden werden. Tatsächlich soll ja den Täter in allen Fällen nur eine Strafe treffen.» (meine Hervorhebung).

- 34 WAIBLINGER, Die Verfolgung und Beurteilung zusammenstreichender strafbarer Handlungen nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 58 (1944), S. 208–244, 214 unter Hinweis auf § 74 RStGB.
- 35 WAIBLINGER (Fn. 34), S. 215. Vgl. auch Protokoll A VIII über die Verhandlungen der Gruppe A der Expertenkommission für die Teilrevision des Strafgesetzbuches, 6. Session vom 27./28.3.1957, Bern 1957, 35 «Es geht hier nicht darum, zwei einzelne Strafen auszufällen.» (Votum WAIBLINGER zu alt Art. 68 Ziff. 1 StGB).
- 36 TRIEFFTERER, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien 1994, S. 442 f., nennt diese Variante des Asperationsprinzips *Einheitsstrafensystem* unter explizitem Hinweis auf die Schweiz. Die deutsche Variante bezeichnet er als *Differenzierungssystem*.
- 37 Nach dieser Bestimmung muss bei Realkonkurrenz zunächst für jede Tat die Einzelstrafe innerhalb des für sie konkret anzuwendenden Strafrahmens zugemessen werden. Dann wird festgestellt, welches die ihrer Art nach schwerste der zugemessenen Einzelstrafen ist. Falls die Strafen gleicher Art sind, muss die dem Mass nach schwerste festgestellt werden. Die so ermittelte schwerste Tat (Einsatzstrafe) wird dann in zusammenfassender Würdigung erhöht (Gesamtstrafe). Das Höchstmass der Gesamtstrafe darf allerdings die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (§ 54 Abs. 2 dStGB). Im Gegensatz zur Schweizer Regelung wird also nicht der Strafrahmens um die Hälfte erweitert, sondern umgekehrt von der Summe der effektiv ermittelten Einzelstrafen ein Abschlag gewährt. Ausserdem existieren bestimmte Grenzwerte, siehe statt aller FISCHER, § 54 N 4 f., in: Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007.
- 38 WAIBLINGER (Fn. 34), 216 «... das schweizerische System [ist] vor allem praktisch, ... denn es enthebt den Richter der Notwendigkeit, zunächst für jede einzelne der zusammenstreichenden strafbaren Handlungen eine Einzelstrafe auszufällen, ...».

Ausmass der Straferhöhung oder -schärfung wiederum die Kriterien von alt Art. 63 StGB massgebend waren.³⁹

Am Asperationsprinzip Schweizer Art sollte sich mit der Revision des Allgemeinen Teils StGB nichts ändern. Der Wortlaut wurde präzisiert.⁴⁰ Allerdings wird mit Art. 49 Abs. 3 StGB und Art. 34 Abs. 2 JStG das System der Strafschärfung bei Übergangstätern, die Delikte vor und nach dem 18. Altersjahr begangen haben, und im Jugendstrafrecht ergänzt. Nach diesen Bestimmungen ist bei abstrakt betrachtet gleichartigen Strafen zunächst eine Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip (Art. 49 Abs. 1 StGB, Art. 34 Abs. 1 JStG) durchzuführen und hierauf eine Nachkontrolle mittels Einzelstrafzumessung für alle Taten vorzunehmen. Die Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip darf dabei nicht höher liegen als die Summe der Einzelstrafen.⁴¹ Diese beiden Sonderfälle haben aber keinen Einfluss auf das Strafschärfungssystem im Erwachsenenstrafrecht. Ob die Einführung von Art. 34 Abs. 1 JStG tatsächlich notwendig war, ist vor dem Hintergrund, dass im Jugendstrafrecht bei der Beurteilung mehrerer Straftaten, die in echter Konkurrenz stehen, die ordentlichen Strafrahmen gar nicht nach oben erweitert werden können, zweifelhaft.

Auch unter systematischen Gesichtspunkten erscheint die konkrete Methode als unlogisch und zirkulär. Nachdem für jede Tat eine Einzelstrafzumessungen nach dem Verschulden des Täter zugemessen und die schwerste konkret verwirkte Strafe damit ermittelt worden wäre, müsste das Gericht nach Art. 49 Abs. 1 StGB wieder von vorne beginnen, d.h. den Strafrahmen der schwersten Tat um die Hälfte nach oben erweitern und danach zusätzlich zur schon festgesetzten Einzelstrafe für das schwerste Delikt (Einsatzstrafe) nochmals nach dem Verschulden eine Straferhöhung oder -schärfung *en bloc* für die weiteren verübten Straftaten hinzufügen. Die zuvor ausgeführte Einzelstrafzumessung

39 BGE 93 IV 7 E. 2.b mit dem berechtigten Hinweis, dass die individuell-konkrete Methode zu stossenden Resultaten führen würde, weil immer dann eine Milderung statt eine Verschärfung des Strafrahmens einträte, wenn die obere Grenze des Rahmens der konkret schwereren Tat um mehr als ein Drittel unter der oberen Grenze des Rahmens der konkret leichteren Tat bleibt (E. 2.a). Ebenso OGer ZH, Urteil vom 23.10.1948, SJZ 45 (1949), S. 91 f.

40 «Artikel 49 Absatz 1 E-StGB übernimmt den geltenden Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB mit der Änderung, dass der Begriff «Freiheitsstrafen» durch «gleichartige Strafen» ersetzt wurde. Die Gesamtstrafenbildung nach dem Asperationsprinzip gilt somit auch für andere Strafen.» Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl 1999 2062. Im Zusammenhang mit der Begründungspflicht (Art. 50 StGB) hält die Botschaft fest, dass das Gewicht, das den einzelnen Straftaten zukomme, ausgewiesen werden solle. Das Gericht solle angeben, welchen Strafzumessungstatsachen es besondere Bedeutung zugemessen habe, BBl 1999 2062. Siehe zur Begründungspflicht bezüglich Einsatzstrafe bei Anwendung des Asperationsprinzips auch BGE, 27.12.2008, 6B_579/2008 E. 4.4 m.N.

41 Botschaft (Fn. 39), BBl 1999 2256 f.

dieser letzteren hätte bei diesem Schritt keinerlei Bedeutung mehr. Die konkrete Methode macht nur im deutschen Differenzierungssystem Sinn.

Damit lässt sich als Zwischenfazit festhalten:

- Ob gleichartige Strafen vorliegen, ist nach der abstrakten Methode zu ermitteln.⁴²
- Es gibt nicht mehrere Einzelstrafzumessungen für alle Delikte, sondern eine konkrete Strafzumessung für die schwerste Straftat und eine Strafschärfung für die weiteren, erfüllten Delikte.
- Die Begriffe «Asperationsprinzip» und «Gesamtstrafe» sind sowohl im deutschen Strafrecht als auch im schweizerischen Strafrecht gebräuchlich. Sie bezeichnen aber – wie gezeigt – zwei grundverschiedene Systeme der Strafschärfung bei echter Deliktskonkurrenz und müssen strikte auseinandergehalten werden.⁴³

Ein Beispiel soll am Ende dieses Abschnitts illustrieren, zu welchen unlogischen Resultaten die konkrete Methode führen würde. Ein Täter hat zwei Diebstähle begangen, die in echter Konkurrenz zueinander stehen. Für den ersten, geringfügigeren Diebstahl wird er in der Einzelstrafzumessung – gestützt auf seine Zustimmung – mit einer gemeinnützigen Arbeit von 120 Stunden bestraft. Der Strafvollzug wird bedingt aufgeschoben (Art. 42 Abs. 1 StGB), die bedingte Strafe mit einer Verbindungsbusse von CHF 1000 kombiniert (Art. 42 Abs. 4 StGB). Der zweite Diebstahl ist gravierend und daher in der konkreten Einzelstrafzumessung mit 200 Tagessätzen Geldstrafe zu bestrafen. Auch hier ist die Prognose noch positiv. Die Geldstrafe wird bedingt aufgeschoben (Art. 42 Abs. 1 StGB), doch kombiniert sie das Gericht mit einer Verbindungsbusse von CHF 4000 (Art. 42 Abs. 4 StGB). Die Strafen sind nach der konkreten Methode ungleichartig. Sie wären alle ins Urteil aufzunehmen und zu kumulieren inklusive der Verbindungsbusen. Statt einer Asperation käme also die strengere Kumulation zum Zuge mit härteren Konsequenzen im Strafmass und absehbaren negativen Folgen bei einer allfälligen Nichtbewährung (Art. 46 StGB).⁴⁴

42 Abweichend ACKERMANN (Fn. 24), Art. 49 N 36 (die zur Unterstützung dieser Position zitierten BGE 132 IV 102 und 102 IV 245 sagen nichts zur konkreten Methode); STRATENWERTH, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, FP 6/2008, S. 356–361, 356 f. je m.N.

43 Abweichend BALMER, Die Gesamtstrafe im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in: Tag/Hauri (Hrsg.), Das revidierte StGB – Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2008, S. 11–41, 12, der meint, das schweizerische StGB lehne sich an die §§ 53 f. dStGB an.

44 Umgekehrt kann es auch zu einer unlogischen Privilegierung kommen, siehe BGE, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.2, Ausdehnung der teilbedingten Strafe auf vier Jahre durch Aufspaltung in Einzelstrafzumessungen.

B. Gleichartigkeit der Strafen nach der abstrakten Methode

Vergleicht man die ordentlichen Strafraumen der erfüllten Straftatbestände, gibt es verschiedene Konstellationen. Unproblematisch sind zunächst einmal die Fälle, in denen eine einzige Straftat in den Strafanforderungen der konkurrierenden Delikte aufscheint (siehe Tabelle 3: Fälle 2, 8, 10). Ebenso klar sind die Fälle ungleichartiger Strafanforderungen, die keinerlei Überschneidungen haben (Tabelle 3: Fälle 4, 5, 7, 9).⁴⁵

Fall	Strafanforderung der Straftat 1	Strafanforderung der Straftat 2 und weiterer	Gleichartigkeit
1	lebenslängliche Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe	ja ⁴⁶
2	Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe	ja
3	Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	ja
4	Freiheitsstrafe	Geldstrafe	nein
5	Freiheitsstrafe	Busse	nein
6	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	Geldstrafe	nein
7	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	Busse	nein ⁴⁷
8	Geldstrafe	Geldstrafe	ja
9	Geldstrafe	Busse	nein
10	Busse	Busse	ja

Tabelle 3: Gleichartige und ungleichartige Konstellationen beim abstrakten Vergleich der Strafanforderungen

Problematisch erscheinen somit nur die Konkurrenzsituationen der Fälle 1, 3 und 6, die nicht deckungsgleich sind, aber einen Überschneidungsbereich in

45 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 f.; STRATENWERTH (Fn. 42), S. 357. A.M. KELLER, Art. 49, in: Hansjakob/Schmitt/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafrechtsgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006, S. 46 f. «Gleichartige Strafen sind – da austauschbar, soweit es die Höhe der Straftat zulässt – Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit.» Ebenso offenbar die Rechtsprechung im Kt. Waadt, siehe die Nachweise in STOLL (Fn. 24), Art. 49 N 76 und N 81 mit Kritik.

46 Vgl. BGE 116 IV 300 E. 2.c.cc; 132 IV 102: Im Rahmen einer retrospektiven Konkurrenz setzt die Annahme einer hypothetischen lebenslänglichen Gesamtstrafe voraus, dass entweder die Grundstrafe oder die Zusatzstrafe auf lebenslängliches Zuchthaus gelautet hätte. Das ist eine Frage der konkreten Strafzumessung und nicht der Beurteilung der Gleichartigkeit der Strafen.

47 Vgl. BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.2 und vom 6.4.2009, 6B_890/2008 E. 7.1. Falls bei einer bedingten Strafe eine Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB ausgesprochen wird, kann diese nicht mit der Busse für eine zusätzliche Übertretung zu einer Gesamtbusse nach dem Asperationsprinzip zusammengefügt werden (weil die Verbindungsbusse keine ordentliche Straftat ist, siehe HEIMGARTNER [Fn. 14], Art. 106 N 40).

den Strafarten aufweisen. Zunächst kann für den Fall 1 festgehalten werden, dass sich die Gleichartigkeit von lebenslänglicher Freiheitsstrafe und (zeitlicher) Freiheitsstrafe schon allein aus der Legaldefinition des Art. 40 Satz 2 StGB ergibt. Wenn also beispielsweise ein Mord (Art. 112 StGB) in echter Konkurrenz mit einem qualifizierten Raub (Art. 140 Ziff. 2 StGB) auftritt, ist von Gleichartigkeit der Strafen i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB auszugehen.⁴⁸

Bleiben noch die Überschneidungsvarianten «Freiheitsstrafe – Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» und «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe – Geldstrafe». Die erstere weist eine Überschneidung im oberen Strafraumenbereich auf, letztere eine solche im unteren Strafraumenbereich.

Mit Blick auf die abstrakte Natur des Vergleichs, die Vereinfachungsfunktion des schweizerischen Einheitsstrafensystems und die für den Täter grundsätzlich ungünstige Strafenkumulation ist im Fall 3 auch bei teilweiser Deckungsgleichheit im oberen Strafraumenbereich von einer Gleichartigkeit der Strafen auszugehen.⁴⁹

Anders verhält es sich in Fall 6 («Freiheitsstrafe oder Geldstrafe – Geldstrafe»). In den weiteren Schritten der Strafraumenbestimmung und konkreten Strafzumessung wäre auf die schwerste Tat, also jene mit der Strafdrohung «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» abzustellen. Dabei besteht – bei abstrakter Betrachtungsweise – das Risiko, dass die minderschwere Tat als strafscharfendes Element innerhalb der falschen Strafart in Rechnung gestellt würde, d.h. zur Erhöhung oder Schärfung einer Freiheitsstrafe. Die Strafschärfung bei Tatbeständen, die alleine eine Geldstrafe androhen, darf aber gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB nur bis zur Grenze von 360 Tagessätzen gehen (Bindung an die gesetzliche Obergrenze der Strafart). Mit Blick auf diesen unauflösbaren Widerspruch wird man das Vorliegen einer gleichartigen Strafe in dieser Konstellation ablehnen müssen.⁵⁰

48 Die Gegenauffassung (ACKERMANN [Fn. 24], Art. 49 N 37 und N 50; STRATENWERTH [Fn. 41], S. 357) würde zu dem bizarren Resultat führen, dass neben der Strafe für den Mord auch noch ein Strafe für den qualifizierten Raub zuzumessen wäre und diese Strafen im Urteil zu kumulieren wären. Zu beachten ist dabei, dass im Schweizer StGB keine Bestimmung nach dem Vorbild von § 54 Abs. 1 Satz 1 dStGB existiert, die für lebenslange Freiheitsstrafen explizit das Absorptionsprinzip statuieren würde.

49 BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.1; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 f.; NIGGLI, Kurzeinführung ins Strafrecht (AT), Freiburg 2008/2009, S. 24; im Ergebnis auch BALMER (Fn. 43), S. 18 «durch teleologische Auslegung». A.M. STRATENWERTH (Fn. 42), S. 357.

50 A.M. BALMER (Fn. 43), S. 19. Vgl. zur Handhabung von alternativen Strafandrohungen nach dem alten Recht BGE 75 IV 1 E. 1. Diesem Entscheid zufolge hatte das Gericht abzuschätzen, ob das Delikt, bei welchem wahlweise Freiheitsstrafe oder Busse (bzw. heute Geldstrafe) abgedroht war, «für sich allein nach den Umständen nur letztere Strafart» rechtfertige. Falls ja, sollte keine Kumulation erfolgen (konkret ging es um die Zusammenfassung innerhalb einer Gesamtbusse oder eine kumulative Ausfällung von Haft und Busse).

Auf einen Einbezug der gemeinnützigen Arbeit in die Tabelle kann im Übrigen verzichtet werden. Sie ist zwar eine eigenständige Straftat im Sanktionensystem,⁵¹ taucht aber in den Strafandrohungen nicht auf und tritt – bei Zustimmung des Verurteilten – an die Stelle von Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Es kann daher immer das Endresultat der Strafzumessung nach der Strafschärfung abgewartet werden, um dann zu sehen, ob eine gemeinnützige Arbeit überhaupt in Frage kommt.⁵²

C. Bestimmung der schwersten Straftat

Die schwerste Tat ist anhand der abstrakten Strafdrohungen des Gesetzes zu ermitteln, wobei in erster Linie auf die Deliktsart (Verbrechen, Vergehen, Übertretung), in zweiter Linie auf das vorgesehene Höchstmass und in dritter Linie auf das Mindestmass der in den anzuwendenden Bestimmungen vorgesehenen Strafen abzustellen ist.⁵³

D. Bestimmung der erweiterten Strafrahmens

Ausgehend vom ordentlichen Strafrahmen der schwersten Tat wird der erweiterte Strafrahmen nach Art. 49 Abs. 1 StGB abgesteckt. Dieser wird nach oben erweitert um die Hälfte des Höchstmasses der angedrohten Strafe. Allerdings kann es bei bestimmten Strafdrohungen sein, dass dieses Höchstmass schon dem gesetzlichen Höchstmass der Straftat entspricht. Weil dieses das Gericht bindet, bleibt die Obergrenze des erweiterten Strafrahmens u.U. identisch mit dem Höchstmass der Strafandrohung der schwersten Tat. So ist beispielsweise bei echter Konkurrenz zwischen falscher Anschuldigung (Art. 303 Ziff. 1 StGB) und Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB) die falsche Anschuldigung die schwerste Straftat (Obergrenze = 20 Jahre Freiheitsstrafe). Weil die 20 Jahre auch die gesetzliche Obergrenze für Freiheitsstrafen nach Art. 40 StGB ist, kann der Strafrahmen nach oben nicht erweitert werden. Immerhin wird aber der Strafschärfungsgrund der Konkurrenz in der konkreten Strafzumessung straferhöhend berücksichtigt.

Bei der Strafrahmenerweiterung ist auf zwei Sperrwirkungen zu achten: die *Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes*⁵⁴ und die *Sperrwirkung der Kumulation*.⁵⁵

51 BGer, 13.12.2010, 6B_712/2010 E. 1.3.3; ACKERMANN (Fn. 24), Art. 49 N 37 f.

52 GL.M. BALMER (Fn. 43), S. 14; STOLL (Fn. 24), S. Art. 49 N 76.

53 BGE 127 IV 101 E. 2.b; 116 IV 300 E. 2.c.bb/cc; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 8 m.N. Vgl. schon HAFTER (Fn. 33), S. 378 m.N.

54 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 75 f.

55 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86.

Mit der Sperrwirkung des milderen Tatbestandes ist gemeint, dass sich die untere Strafrahmengrenze gegenüber der Untergrenze des schwersten Delikts erhöhen muss, wenn ein minderschweres Delikt eine höhere Untergrenze aufweist. Begeht ein Täter anlässlich einer Meuterei nach Art. 311 Ziff. 1 StGB, für welche kein Strafmilderungsgrund vorliegt, einen versuchten Diebstahl nach Art. 139 Ziff. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, handelt es sich beim Diebstahl um das schwerste Delikt i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB, da für diesen Tatbestand eine höhere Maximalstrafe vorgesehen ist. Was nun aber die Minimalstrafe betrifft, so darf der Täter nicht dafür belohnt werden, dass er anlässlich der Meuterei noch einen Diebstahl begeht. Es muss also mindestens die Minimalstrafe nach Art. 311 Ziff. 1 StGB (90 Tagessätze Geldstrafe) als unterste Grenze des Strafrahmens übernommen werden.⁵⁶

Zur Illustration der Sperrwirkung der Kumulation soll folgendes Beispiel dienen: Wird anlässlich eines einfachen Raubes (Art. 140 Ziff. 1 StGB; Maximalstrafe: zehn Jahre) noch eine Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB; Maximalstrafe: drei Jahre) begangen, darf die mögliche Höchststrafe – entgegen dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB – trotz echter Konkurrenz nicht 15 Jahre Freiheitsstrafe betragen. Oberste Grenze für den Strafrahmen nach Art. 49 Abs. 1 StGB muss in einem solchen Fall die Kumulation der theoretischen Höchststrafen dieser beiden Delikte sein (13 Jahre), denn ansonsten würde der Zweck der Asperation ad absurdum geführt.⁵⁷ Käme in unserem Beispiel noch eine zweite Sachbeschädigung dazu, wäre die oberste Grenze bei 14½ Jahren zu setzen, weil eine echte Konkurrenz zweier Sachbeschädigungen für sich betrachtet eine obere Maximalstrafgrenze von 4½ Jahren aufweist.

E. Bildung der Gesamtstrafe

Als nächster Schritt ist innerhalb des *ordentlichen Strafrahmens* der schwersten Straftat die *Einsatzstrafe* festzusetzen. Diese Einsatzstrafe ist in der Folge unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht muss dabei in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafehöhenden und -mindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festlegen. In einem zweiten Schritt hat es diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es ebenfalls den jeweiligen Umständen i.S.v. Art. 47 StGB Rechnung zu tragen hat.⁵⁸

⁵⁶ Beispiel aus SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 75 f.

⁵⁷ Beispiel aus SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86. Genau genommen müsste die Obergrenze eine Einheit unter der Kumulation liegen, damit dem Zweck der Asperation erreicht wird.

⁵⁸ Vgl. BGer, 27.12.2008, 6B_579/2008 E. 4.2.2, BGer, 14.8.2009, 6B_297/2009 E. 3.3.1; BGer, 25.3.2010, 6B_865/2009 E. 1.2.2 jeweils m.w.N.

1. Prüfung, ob die Voraussetzungen gleichartiger Strafen erfüllt sind – abstrakte Methode (Art. 49 Abs. 1 StGB)
2. Bestimmung der schwersten Tat – nach der generell-abstrakten Strafdrohung (Art. 49 Abs. 1 StGB)
3. Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens der schwersten Tat und Erweiterung des Strafrahmens nach oben gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB
4. Konkrete Strafzumessung für die schwerste Tat innerhalb des ordentlichen Strafrahmens nach den unrechts- und vorwerfbarkeitsbezogenen Verschuldenskomponenten (Art. 47 Abs. 1 StGB)
5. Obligatorische Straferhöhung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens oder fakultative Strafschärfung innerhalb des erweiterten Strafrahmens je nach Tatverschulden bei den konkurrierenden Straftaten (Art. 49 Abs. 1 StGB)
6. Entscheidung über die Vollzugsmodalität: bedingte Strafe, Verbindungsgeldstrafe oder -busse (Art. 42 StGB); teilbedingte Strafe (Art. 43 StGB) ⁵⁹
7. Anordnung einer oder mehrerer Massnahme(n), falls ihre Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 56 ff. StGB)

Tabelle 4: Reihenfolge der Sanktionsfolgenbestimmung bei echter Konkurrenz

V. Schluss

Im revidierten Sanktionenrecht bestehen nach wie vor Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten. Der vorliegende Beitrag versteht sich als einen ersten Schritt zur Analyse der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB. Offen bleibt an dieser Stelle, wie die Grundsätze des Einheitsstrafensystems in den verschiedenen Konstellationen der retrospektiven Konkurrenz und der Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1, Art. 89 Abs. 2 StGB oder Art. 34 Abs. 3 StPO umgesetzt werden.⁶⁰ Klar ist jedoch, dass die Grundidee des Asperationsprinzip, die Abschwächung der Konsequenzen reiner Kumulation,⁶¹ in all diesen Anwendungsfällen möglichst gleichartig umgesetzt werden soll.

59 STRATENWERTH (Fn. 42), S. 358, stellt aufgrund seiner Auffassung, es sei für jede Tat eine (hypothetische) Einzelstrafzumessung vorzunehmen, Überlegungen an, wie das «Zusammentreffen von bedingten Strafen» zu lösen sei. Wie im Text erläutert, ist aber nach der abstrakten Methode vorzugehen. Es resultiert daraus genau eine Gesamtstrafe, für die man im nächsten Schritt die Voraussetzungen der bedingten oder teilbedingten Strafe prüft.

60 Siehe zur Gleichartigkeit der Strafen bei retrospektiver Konkurrenz BGer, 4.2.2011, 6B_460/2010, E. 4.3.1, der die Bildung einer Gesamtstrafe nur dann als möglich bezeichnet, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen werden. Ausgeschlossen sei eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen. Aber auch die Bildung einer Gesamtstrafe bleibe bei retrospektiver Konkurrenz möglich (E. 4.3.2).

61 Vgl. STRATENWERTH (Fn. 42), S. 358.



© 2011 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

776 Seiten, gebunden, CHF 98.–

ISBN 978-3-7190-3133-6

Mehr Informationen unter: www.helbing.ch